

企業担保法の課題--イギリス浮動担保を礎として

| | |
|------|---|
| 著者 | 小林 秀年 |
| 著者別名 | H. Kobayashi |
| 雑誌名 | 東洋法学 |
| 巻 | 28 |
| 号 | 2 |
| ページ | 101-139 |
| 発行年 | 1985-03 |
| URL | http://id.nii.ac.jp/1060/00003594/ |

企業担保法の課題

——イギリス浮動担保を礎として——

小林 秀 年

一 はじめに

二 イギリス浮動担保の概要

(イ)浮動担保の特質 (ロ)浮動担保の設定 (ハ)浮動担保の登記 (ニ)浮動担保の効力

(ホ)浮動担保の結晶 (ヘ)収益管理人

(ト)清算

(チ)小結

三 企業担保法の問題点

(イ)企業担保法を適用しうるもの (ロ)被担保債権の範囲 (ハ)企業担保権の客体

(ニ)重要財産処分禁止

(ホ)企業担保権の実行

四 おわりに

一 はじめに

企業担保法（昭和三十三年（法一〇六号）施行後、あと三年で三〇年を迎えようとしている現在、同法を利用した企業は業種別にみると、鉄鋼・電気機器・輸送用機器・繊維・化学・瓦斯業・機械・造船・パルプ紙・石油・硝子・商業・不動産業・陸運業・金属製品と多種に及んでおり、企業担保権付社債のオープン設定額は二兆円に迫ろうとしている。⁽¹⁾これは同法制定当初において懸念された危惧を払拭し余りあることの頭われであろう。これは取りも直さず、利用関係者の努力により、同法の運営は比較的円滑であり、近代的社債担保の機能を果たして今日に及んでいるともいえよう。例えば受託銀行は、昭和五三年九月から特定資産を担保とする抵当権より担保権の効力が弱い企業担保について、従来は純資産や資本金など規模の大きい企業に優先的に認めてきたところ、これを規模がそれほど大きくない企業でも財務内容や収益力といった質的要素が優れている企業には企業担保で事業債の発行を認めようという趣旨から、企業担保権付社債の起債企業の基準を、⁽²⁾これまでは純資産四五〇億円以上としていたのを三三〇億円以上とする、⁽³⁾純資産を一、一〇〇億円以上・五五〇億円以上・三三〇億円以上に区分し、各々の規模に応じ一定の配当率と質的基準をみたす、⁽⁴⁾資本金を従来の一〇〇億円から一〇〇億円に引き下げる等とし、さらに「社債市場での実績や業界での地位も考慮し総合的に判断する」として内容面から適用企業の幅を広くしたのである。⁽⁵⁾これは社債という商品から派生する特質であって、企業担保法の持つ機能というより、円滑運営を図る利用者（受託銀行）からの制限ともいえよう。

また近時に至つては、外貨建て・無担保社債が利用されてきており、社団法人・公社債引受協会が行なつた「社債発行に関するアンケート調査」から窺ひ知ることができるよう、回答企業の多くは、無担保債基準の緩和に強い期待を寄せているのである。⁽⁶⁾ 期待を寄せる理由の一つである「担保権設定のための事務手続きが煩瑣である」という指摘に対しては、企業担保法は概ね該当しないであらう。⁽⁷⁾ 現在の企業担保法のままでは、無担保債の発行が広く認められてくるとすると、優良企業においては企業担保法によらなくとも、無担保で社債発行が可能になることによって、企業担保制度の存在意義が根本的に問われる方向にあるとの指摘もされている。⁽⁸⁾

そこで本稿においては、企業担保法に内在する問題点の指摘および今後の企業担保法の方向性について素描するものである。

- (1) 日本興業銀行総務部法律室「企業担保法一〇年の歩み」ジュリスト四一〇号六四頁、公社債便覧八八号以下により作成。
- (2) 我妻栄・新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）五七四頁（昭和四三年）、柚木馨Ⅱ高木多喜男・担保物権法（新版）法律学全集19 五三七頁（昭和四八年）。
- (3) 公社債月報二六五号四八頁以下。
- (4) 企業担保法一条一項、担保附社債信託法四条一四号参照。
- (5) 伊藤進・銀行取引と債権担保 一六一頁（昭和五二年）、企業担保は社債を担保することを第一次目的とするため、社債発行に際しての受託銀行が、この担保制度を利用するということで、とくに結び付きの深いものである。
- (6) 公社債月報三三三三三三三二頁以下、「国内普通社債市場の伸び悩み」の要因のうち、「担保付発行が原則となっている」「発行手続きが面倒である」が大半をしめ、さらに具体的には「担保権設定を含め発行手続きが煩瑣である」、そして海外市場と

の比較において、国内市場特有の「有担保原則」の制約について不合理を指摘している。

- (7) 水島廣雄「企業担保法について」綜合法学一卷二号八四頁（特殊担保法要義「企業担保法制論綱」一四一頁〔昭和五四年〕所収）、企業担保法四条参照。

- (8) 泰光昭「財団抵当と企業担保」金融法務事情七〇〇号四五頁、伊藤・銀行取引と債権担保 一六五頁、執行秀幸「企業担保権の行方——フローティングチャージとの比較検討を通して——」現代金融担保法の展開（高島平蔵教授還暦記念）二二一頁（昭和五七年）。

二 イギリス浮動担保の概要

わが国企業担保法は周知の如く、イギリス浮動担保（Floating Charge）を範として成立した法律であるが、この法律は施行後、所謂一人歩きを始めることなく常に後見を伴っているのである。⁽²⁾この現象は法律の運用を円滑に行なうためには重要なことであるが、反面において法律が有する本来の機能を制限することにもなりかねない。そこで企業担保法の母法であるイギリス浮動担保を概観することにより、浮動担保の機能を明確にしてみたい。⁽³⁾

- (1) 水島廣雄博士発言「第二八回国会・参議院法務委員会會議録」一三号一頁以下参照（昭和三三年）。

- (2) 公社債月報二六五号四八頁以下参照。

- (3) 概要については、拙稿「浮動担保の理論——イギリスを中心として——」東洋大学大学院紀要一七集二六四頁以下（昭和五六年）、同「イギリス浮動担保の理論と実状」東洋大学大学院紀要一八集二八四頁以下（昭和五七年）も参照されたい。

(1) 浮動担保の特質

浮動担保は、一九世紀においてイギリスで発達した担保の一形態であり、会社⁽⁴⁾が起債するにあたり社債権者のために設定する衡平法上の担保 (equitable charge) であり、会社は営業の通常過程において (in the ordinary course of business) 過度の制限をうけることなく自由に営業を行なうことができ、担保の客体は会社の現在ならびに将来の財産 (the present and future property of the company) であり、一定の結晶原因が起こるまで、その担保の客体は確定することなく浮游状態 (float over) を続けている。そして一定の結晶原因が起こると浮動担保は結晶し (crystallisation) 、睡眠 (浮游状態) より目覚めて担保の客体である会社の総財産の上に具体的に凝固し (to become fixed) 、特定担保として物権的性格を発揮するのである。⁽⁶⁾

浮動担保の特質の第一点は、浮動担保の設定時における総財産の範囲内で、そして後日の財産の流出・流入の範囲内で、会社資産の総財産は変化するが担保の目的となることであり、第二点は浮動担保が結晶するまで借り主は営業を継続し (to carry on his business) 、浮動担保の目的である財産を取り扱える (to deal with the assets subject to the charge) ことである。⁽⁷⁾ 浮動担保の客体である財産は、担保を設定する会社の財産の一部あるいは全部であり、客体の範囲は主として具体的な信託証書や社債券上の文言解釈によっている。⁽⁸⁾ 問題になるものは、将来の取得財産 (after-acquired property) ・未払込資本金 (uncalled capital) ・資本準備金 (reserve capital) ・暖簾 (good-will) であるが、これらは客体の範囲に含まれ、また在庫品 (stock in trade) ・買掛金 (book debts) ・固定した財産と同様の会社の信用 (receivables of the company) ・子会社の株 (its shares in subsidiaries) そして他の投資金 (other investments) 等も客体

の範囲に含まれるのである。⁽⁹⁾

さらに浮動担保は、他の者の債務を担保するために設定することができることに注目すべきである。例えばローン (loan) がグループ会社の親会社に締結される場合において、債務を担保するための浮動担保は、親会社によるのと同様にグループにおけるいくつかまたは全ての子会社によって設定されることは一般的なことである。⁽¹⁰⁾

浮動担保の有用な特質は (担保が結晶するまで、そして担保条項 (the terms of the charge) によって制限されたものを除いて)、会社が営業を継続したり、一般的な方法で会社の財産を自由に処分したりすることができることである。⁽¹¹⁾ つまり浮動担保は、担保条項によって制限されたもののほかは、確定した資産 (例えば工場) を売却することもできるし、抵当権を設定することもできるのである。浮動担保を設定した会社と取引する第三者 (a third party) から見れば、担保書面における禁止条項 (prohibition) のほかは浮動担保の制限を受けることなく会社の資産を安全に購入することもできるし、また会社の不動産に抵当権を設定することもできる。担保条項によって制限されたもののほかは、浮動担保設定会社は浮動担保よりも優先する抵当権や他の担保を設定することも可能であるが、⁽¹²⁾ 実質的にはこのような担保は、貸し主 (社債権者) にとって浮動担保の客体の価値を破壊してしまうことにつながるので、貸し主は担保条項により彼の浮動担保と同一順位あるいは優先順位の担保の設定を禁止したり厳しく制限したりして、ほとんど一定数 (一定の価値) を確保している。設定会社が右の禁止条項に違背したときは、貸し主はこれを阻止するために差止命令 (injunction) を求めることができる。仮に処分がなされた後であろうとも、無償の取得者または悪意の有償取得者に対しては、浮動担保をもって対抗することができる。制限がなかったならば、会社はさらに進ん

で浮動担保を与えられない子会社を貸し主に譲渡して浮動担保から資産を取り除くことができ、これは浮動担保設定会社の限定された権利として一般的なことである。⁽¹³⁾

- (4) 水島廣雄「イギリス浮動担保の素描——企業担保の理論——」中央大学七〇周年記念論文集六〇五頁以下（昭和三〇年）（特殊担保法要義 四四頁以下所収）、黄宗楽「イギリス浮動担保に関する研究」阪大法学九一号四八頁以下（昭和四九年）、関口雅夫「イギリスにおける floating charge の成立」法学新報八一巻一〇九五頁以下（昭和四九年）、執行「企業担保権の行方」二二三頁以下参照。判例として有名なものは、*In re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Co.*, (1870) 5 Ch. App. 318; *In re Yorkshire Woolcombers Association, Ltd.*, *Houldsworth v. Yorkshire Woolcombers Association, Ltd.*, [1903] 2 Ch. 284, etc.
- (5) 個人あるいは組合も理論的には浮動担保を設定することができるが、実際上は二つの障碍が存する。一つは、浮動担保が動産の上に存する場合において個人商人や組合が Bill of Sale Acts の適用をうけること、他の一つは、破産法の表見所有者の規定が自然人の設定する浮動担保の効力を著しく制限することである。L. C. B. GOWER, *THE PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW* 108 (4th ed. 1979); 小町谷操三・イギリス会社法概説 四五五頁（昭和三十一年）。
- (6) I. S. F. B. PALMER, *COMPANY LAW* 455 — (22nd ed. C. M. SCHMITTHOFF with M. KAY and K. MORSE 1976); GOWER, op. cit. supra note 5, at 472 —; R. R. PENNINGTON, *COMPANY LAW* 378 — (4th ed. 1979) etc.
- (7) TOPHAM and IVAMY, *COMPANY LAW* 305 (15th ed. 1974); CHARLESWORTH & CAIN, *COMPANY LAW* 498 — 499 (11th ed. 1977); *In re Yorkshire Woolcombers Association, Ltd.*, *Houldsworth v. Yorkshire Woolcombers Association, Ltd.*, [1903] 2 Ch. 284, at 295.
- (8) 一般的には浮動担保は会社の総財産を担保の目的（客体）としており、典型的な文言は、*“all the undertaking property and assets, both present and future”* である。

- (9) 拙稿「企業担保制度の客體」東洋法學二七卷二號五九頁以下（昭和五九年）参照。
- (10) FRESHFIELDS, THE FLOATING CHARGE IN ENGLISH LAW 2 — 3 (1974).
- (11) PALMER, *op. cit.* supra note 6, at 455; GOWER, *op. cit.* supra note 5, at 473-474; 水島「イギリス浮動担保の素描」六〇九頁（特殊担保法要義 四八頁以下所収）。これは浮動担保の性格であり、浮動担保は衡平法（Equity）上の担保であるといえる。具体的には、財産の処分は企業の存続と矛盾しない範圍（not in consistent with its continuance as a going concern）において、かつその目的遂行上必要な行為に限られている。
- (12) GOWER, *op. cit.* supra note 5, at 474.
- (13) FRESHFIELDS, *op. cit.* supra note 10, at 3 — 4.

(四) 浮動担保の設定

浮動担保の被担保債権は、原則として社債に限られており、担保付社債の發行については、通常、信託の法理が利用されている。すなわち社債の担保は個々の債権者に対して担保を設定するのではなく、社債發行会社（委託者 trustor）は社債権者（受益者 beneficiary）のために銀行あるいは保險会社（受託者 trustee）を介在させるのである。社債権者保護のために目的財産は一般の mortgage の方法によって銀行等に移転せられるのである。この効力を保持する捺印証書が信託証書（trust deed）である。

浮動担保設定の時期は原則として社債の成立と同時に設定されるのであり、浮動担保によって不公正な優先的利益（unfair preference）を特定の債権者に付与することを防ぐ規定を一九四八年会社法（The Companies Act, 1948）に設

けている。すなわち会社が浮動担保設定後直ちに支払能力があることを立証できる場合は、会社の清算開始より二ヶ月以内に設定せられた浮動担保は無効とされ、この場合の社債は無担保の社債となる⁽¹⁶⁾。但し、会社がその業務の通常の処理方法として前貸しを受けるために善意で浮動担保付社債を発行した場合は例外であり、さらにまた会社がその清算開始より六ヶ月以内に特定の債権者に優先的利益を付与する詐欺的な行為をしたときは、その行為は無効とされる⁽¹⁸⁾。

浮動担保設定の方式は、社債 (Debentures) の担保設定文言は信託証書と社債券の両方に記載されるのであり、そのことにより社債券所持人は信託上の受益者であり、また右の文言により直接に担保目的物上の権利者にもなるのである。但し、社債が Debenture stock の方式で発行される場合は、浮動担保の設定はただ信託証書に記載するのみであり、社債券 (Debenture stock certificate) には単に所持人が信託証書により設定せられた担保につき受益権を有する旨を記載するに過ぎないのである。

つまり Debentures の場合は、発行会社と応募者との間の契約により直接両者間に成立し、応募者は名実共に社債権者となるのに対して、Debenture stock の場合は、発行会社と応募者との契約により成立するものではなく、両者間に必ず第三者 (受託者・一般的には銀行あるいは保険会社) が介入することを要し、発行会社と受託者との間の契約 (信託契約 trust contract) により成立する。したがって一般的には、社債が成立しても社債券所持人 (応募者) と発行会社との間には何等契約関係は存せず、社債券所持人は直接に会社に対して権利を有することなく、単に受託者を通して間接的に権利を有するに過ぎないのである。即ち Debenture stock では、発行会社が社債券所持人に対

して元本ならびに利息 (principal and interest) についての支払義務を負うことはないのである。⁽¹⁹⁾ 受託者は、Deben-ture stock の存続している間は、社債券所持人の利益のために浮動担保を保有し、支払等の不履行 (default) があつた場合には、浮動担保は結晶し、受託者は収益管理人を任命する。収益管理人は、会社の資産を換価して元本に対する請求が支払われるまで、社債券所持人の Stock の所持数に比例して (in proportion to their holdings of Stock) 彼らに直接支払うのである。⁽²⁰⁾

浮動担保設定の形式は、会社によって形式が完成された (捺印) 証書であり、これについては特別な形式は要求されておらず、これによって浮動担保は設定され貸し主に引渡される。証書 (Document) の形式としては、

(a) 最近のローン契約では、浮動担保付社債に二つの形式 (借り主である会社自身が、あるいはその会社の子会社のいくつか、浮動担保の客体となっている) が付されており、Industry Limited に対する Finance Corporation によつて結ばれている

(b) 浮動担保を含む社債の形式は、当座貸越を保証する clearing bank によつて標準的な形式として用いられている

(c) 信託証書付社債券 (Debenture Stock Trust Deed) (前述参照)

(d) 会社登記簿 (Companies Registry) に担保を登記する形式 (後述(イ)参照)

右の例からも窺えるように、多種多様の形式が各々の商業上の事情に即応するために浮動担保を組み入れることができるのである。⁽²¹⁾

浮動担保設定の費用は、現在 duties も taxes も支払わない。借り主が彼自身の手数料はもちろん貸し主への法定

手数料を支払うことは一般的であり、大きなローンの場合は、一般的に総額について最小限度（おそらく千分の一）を必要とする。浮動担保の登記には手数料はいらず、つまり担保設定での意味においては全く費用のかからないものである。⁽²²⁾

- (14) PALMER, *OP. CIT. SUPRA* note 6, at 455; C. H. WALDOCK, *THE LAW OF MORTGAGE* 152 (2nd ed. 1950).
- (15) 水島廣雄「イギリス譲渡抵当の変遷とその内容」(「法律時報」二八卷一一号(昭和三十一年)、同二九卷三号(昭和三十一年)、伊藤正「イギリスの担保制度について」(イギリス法研究(昭和五十三年)所収)、小賀野晶「イギリスにおける現行抵当制度」早稲田法学五八巻四号(昭和五九年)参照。
- (16) the Companies Act 1948, s. 322; PALMER, *COMPANY PRECEDENTS* II 921 (17th ed. 1960); PALMER, *OP. CIT. SUPRA* note 6, at 461.
- (17) PALMER, *COMPANY LAW* 297 (19th ed. 1949); A. F. TOPHAM, *REAL PROPERTY* 332 (3rd ed. 1921).
- (18) the Companies Act 1948, s. 320(1).
- (19) TOPHAM and IVAMY, *OP. CIT. SUPRA* note 7, at 332; CHARLESWORTH & CAIN, *OP. CIT. SUPRA* note 7, at 486. 水島「イギリス浮動担保の素描」六一一頁以下(特殊担保法要義 五一頁以下所収)、栗栖赳夫・担保附社債信託法の研究(栗栖赳夫法律著作選集第一巻)八二頁以下(昭和四一年)。
- (20) FRESHFIELDS, *OP. CIT. SUPRA* note 10, at 12.
- (21) *Id.* at 4.
- (22) *Id.* at 5.

い 浮動担保の登記

浮動担保は、通常、不動産・動産・その他の権利をその客体としており、これらを登記する場合は会社登記簿に行なう。⁽²³⁾しかし浮動担保は、その設定した日から二一日以内に登記されなければ、会社の清算人および全ての債権者に対する関係では無効であり、⁽²⁴⁾その無効によって不利益を被るのは会社ではなく担保権者である。⁽²⁵⁾そこで一九四八年会社法は、担保権者の保護を図るために、担保が登記の欠缺によって無効となった場合は社債を直ちに償還すべきであると⁽²⁶⁾し、裁判所に登記期間の延長あるいは誤記または脱漏の補正を命ずる権限を付与することの二つにより、⁽²⁷⁾これを補っている。イギリスの全ての会社は、ロンドン（イングランド・大ブリテンの首都）・エジンバラ（スコットランドの首都）そしてベルファスト（北アイルランドの首都）にある会社登記所にファイルされており、そのファイルは、会社が設定した担保の細目等多くの情報を含んでおり、この登記は会社の義務であり、通常は担保が法的に有効であることを保証する貸し主あるいは廷外弁護士（*solicitor*）によって行なわれる。登記は担保の細目を表わす形式である担保設定証書を作成することにより果されており、その形式はファイルに記載されるが、担保付証券には記載されない。ファイルを探す方法はa b c順であり、誰もが会社登記簿のファイルから会社の借入金・社債の額・担保権の内容を見ることができる。⁽²⁸⁾如何に第三者であろうともファイルの内容を知ることができると共に、登記された担保の存在も知ることができるのである。⁽²⁹⁾しかし浮動担保が登記されていたとしても、その担保の形式のみが記載されている限りにおいては担保条項を知ることとはできない。仮に浮動担保がこれよりも優先的な担保の設定を禁止していたとしても、この事実は会社登記簿にその形式をファイルしたことは登記されていないから、実際にその禁止を知らない

第三者は、誠実に優先的な確定担保を設定してその浮動担保に優先する順位を得ることになる。⁽³⁰⁾ それゆえに担保付証券の重要な条項の細目をファイルに表わすことは、その形式を登記するために必要なことである。浮動担保が *dis-charge* されているときは、その摘要は会社登記簿にファイルされる。⁽³¹⁾

- (23) GOWER, op. cit. *supra* note 5, at 478. 水島廣雄「香川保一「英国の金融事情とフローティング・チャージの運営の実状」商事法務研究七一号二二頁以下（昭和三二年）。
- (24) the Companies Act 1948, s. 95(1); Capital Finance Co. Ltd. v. Stokes (1969) 1 Ch. 261, C. A..
- (25) 黄「イギリス浮動担保に関する研究」九二頁。
- (26) the Companies Act 1948, s. 95(1); GOWER, op. cit. *supra* note 5, at 482 — 485.
- (27) the Companies Act 1948, s. 101; PALMER, op. cit. *supra* note 6, at 472; GOWER, op. cit. *supra* note 5, at 482 — 485.
- (28) FRESHFIELDS, op. cit. *supra* note 10, at 6.
- (29) 水島廣雄「イギリス浮動担保の観念とその現況」金融一二四号一九頁（昭和三〇年）。会社登記簿についての登記事項に關しては推定悪意（constructive notice）または現実の認識（actual notice）の原則により、第三者は登記事項の不知を根拠として自らの権利の擁護を主張することはできない。
- (30) NORTHEY & LEIGH, INTRODUCTION TO COMPANY LAW 306 n.17 (2nd ed. 1981); J. H. Farrar, *The Crystallisation of a Floating Charge*, 40 Conv. 397 (1976). 田代好太郎の論文は、*In re Manurewa Transport, Ltd. (In receivership)*, [1971] N. Z. L. R. 909.
- (31) FRESHFIELDS, op. cit. *supra* note 10, at 6.

(二) 浮動担保の効力

浮動担保が結晶したときは、浮動担保は確定担保となり、浮動担保債権者は会社の一般取引債権者 (the normal trading creditors) として会社への無担保の貸し主 (unsecured lenders) の前に位置される。⁽³²⁾ 特定担保との関係においては、浮動担保設定後であろうともこれに優先する特定担保を設定することは自由であり、この場合において、特定担保権者が浮動担保の存在を知っていたとき (with notice floating charge) であろうと、あるいは浮動担保が第一順位の担保 (first mortgage) であることを定めた場合であろうとも、後に設定せられた特定担保は浮動担保に優先することから、浮動担保は特定 (確定) 担保の後順位に位置される。⁽³³⁾ すなわち、仮にある会社が浮動担保を設定し、その後、会社の工場に確定担保を設定した場合、この確定担保は工場については浮動担保に優先する順位 (rank in priority to the floating charge) であるが、会社の他の資産に関しては効力は及ばない。会社が所有はしていないが設備の一部あるいは全部を占有している等の場合には浮動担保の効力はその目的物に及ぶのであろうか。例えばその設備の一部に条件付売買契約 (conditional sale agreement) ・割賦購買契約 (hire purchase agreement) ・賃貸借契約 (leasing agreement) が付されていた場合においては、浮動担保は設備における会社財産の利益についてのみ効力は及ぶが、設備の所有権については及ばない。なぜならば会社がある動産 (chattels) を割賦購買契約によって占有する場合に、所有権は依然として会社に移転していないから、会社が設定した浮動担保の効力はその動産が定着物になった場合でも所有権者に優先することはできないのである。⁽³⁴⁾ つまり社債権者は、会社がこの割賦購買契約に基づいて使用している財産から生ずる利益についてのみ浮動担保の効力を主張することができるのである。⁽³⁵⁾

浮動担保相互の關係は、既存の浮動担保と同一順位 (ranking *pari passu*) の浮動担保の設定は許されないし、既存の浮動担保に優先する (in priority) 第二の浮動担保も許され⁽³⁶⁾ない。

- (32) PALMER, op. cit. *supra* note 17, at 297. の優先弁済における制限については、See, the Companies Act 1948, s. 94.
- (33) GOWER, op. cit. *supra* note 5, at 474.
- (34) *In re Morrison, Jones and Taylor Ltd.* [1914] 1 Ch. 50.
- (35) PENNINGTON, op. cit. *supra* note 6, at 388—.
- (36) GOWER, op. cit. *supra* note 5, at 474 — 475. cf. the Companies (Floating Charges and Receivers)(Scotland) Act 1972, s. 5(3) and (4).

(6) 浮動担保の結晶

浮動担保の本質は前述の如く、⁽³⁷⁾浮動担保が結晶するまでの間、担保設定会社は担保の客体である総財産を扱って營業を行なうことができるのであり、この浮動担保は睡眠を続けているといっても将来の担保ではなく現在の担保 (an existing charge) であるから、一定の原因によって睡眠より目覚めて会社の総財産の上に具体的に凝固し、確定 (特定) 担保となり物権的性格を發揮するのである。この現象を結晶 (crystallisation) または固定 (fix)⁽³⁸⁾という。

ここにいう一定の結晶原因とは、特約のないかぎり、(1) 会社が營業を廃止したとき (2) 会社が解散 (清算) したとき (3) 収益管理人の任命があったときの三事由であるが、実際には特約によって「社債の元利遅滞」をもって浮動担

保の結晶原因とするのが通常であるから、これを含めて現在では結晶の原因は四事由である。⁽³⁹⁾

浮動担保が設定されている証書には、結晶する原因をいくつかの例を挙げて明細に記載している。典型的な例としては（これを“events of default”と呼んでいる）、

- (a) ローンの利息あるいは元金の不履行があったとき
- (b) ローン証書に記載された他の条件の違反があったとき
- (c) 清算（解散）あるいは破産があったとき
- (d) 営業の廃止があったとき
- (e) 会社が締結した他のいくつかの担保の実行があったとき

浮動担保の結晶は、会社にとって非常に危険な出来事であり、一般的には破産（bankruptcy）と同意義に解されている。⁽⁴⁰⁾ そこでコモン・ローは、残酷あるいは非良心的ともいえる担保の実行について債権者に安心を与えるために規定を設けている。

(37) 浮動担保の特質参照。

(38) TOPHAM and IVAMY, op. cit. supra note 7, at 305.

(39) 水島「イギリス浮動担保の素描」六三四頁（特殊担保法要義 七四頁所収）。

(40) FRESHFIELDS, op. cit. supra note 10, at 8.

ㄥ 収益管理人

浮動担保の条項は、浮動担保が結晶した場合に担保の目的である財産の収益管理人を任命することを社債権者の権能として通常付与している（この収益管理人を receiver appointed out of court あるいは receiver by the debenture-holders⁽⁴¹⁾という）。浮動担保の条項に、たとえ収益管理人を任命する権能が記載されていなくても、社債権者は支払いの懈怠等があった場合には収益管理人を任命することを裁判所に訴えることができる（この収益管理人を receiver appointed by the court⁽⁴²⁾という）。なお法人（corporation）は収益管理人に任命されることができない⁽⁴³⁾。収益管理人の任命は、七日以内に会社登記簿に登録しなければならない⁽⁴⁴⁾。

収益管理人（Receiver）は、会社の資産を換価する権能しか持っておらず、会社の営業を継続する権能は持っていない。しかし会社のアンダーテッキング（undertaking）を含む浮動担保は、Manager を任命する権能を保持しており、Manager は営業を継続することによってゴーイング・コンサーン（a going concern）すなわち営業継続中の会社として、会社を売却する権能を保持している。そこで同一人物が二つの権能を持つ Receiver and Manager として常に任命される⁽⁴⁵⁾。なお収益管理人は Receiver and manager として、会社を継続・更生（reorganization）させてその収益により債務を弁済することもできるのである⁽⁴⁶⁾。

会社が設定した二つの浮動担保が実行される場合においては、理論的には各々の社債権者が別々の収益管理人を任命することができるけれども、通常は各々の社債権者が同一人を任命することに同意したり、あるいは稀に joint Receiver として二人以上を任命することがある⁽⁴⁷⁾。

収益管理人 (Receiver and Manager) の意、(以後同様) の職務は、彼を任命した社債権者に対して会社が負っている債務を弁済するために会社の資産を十分に換価することであり、そのために会社をゴースティング・コンサーンとして売却するために会社の全部あるいは一部分の営業を継続するのである。つまり収益管理人は会社の業務を処理する人として取締役の後任になるのである。⁽⁴⁸⁾ 浮動担保を設定している証書には通常、収益管理人は会社の代理人であって担保の所持人ではない旨が記載されている。⁽⁴⁹⁾ 会社に関する全ての債務は収益管理人によって支払われるのであり、収益管理人は結晶前に会社が締結した契約を履行することあるいは拒絶することも任されており、仮に収益管理人が契約の履行を拒んだ場合には、その契約に関する他の当事者は収益管理人個人に対してではなく会社に対して損害賠償を請求する権利が与えられている。⁽⁵⁰⁾ なお収益管理人は会社が締結する新たな契約 (金銭消費貸借も含む) も締結できるのであるが、そのような新たな契約については個人的な責任を負うのである。また会社財産の管理に関して不明な点があれば、収益管理人は裁判所に指図を求めることができる。⁽⁵¹⁾

収益管理人は会社の資産を換価して得た代価から最初に優先する一定の債務を支払う。一定の優先する債務のうち最も重要なものは、地方税 (rates) ・解散のときから遡って一年分の法人税⁽⁵²⁾ (corporation tax) ・付加価値税 (value added tax) ・解散のときから遡って四ヶ月分の賃金あるいは給料⁽⁵³⁾ (但し、一人につき最高二〇〇ポンド) である。収益管理人は次に彼自身の手数料および所要経費、そして浮動担保によって担保された債務を支払う。これらの債務が弁済されたとき、収益管理人の職務は終了する。

- (41) GOWER, op. cit. *supra* note 5, at 487; TOPHAM and IVAMY, op. cit. *supra* note 7, at 323.
- (42) *Id.* at 324; NORTHEY & LEIGH, op. cit. *supra* note 30, at 311.
- (43) the Companies Act 1948, ss. 366 and 367; Gower, op. cit. *supra* note 5, at 488. 回避の実例として、拙稿「イギリス浮動担保の理論と実情」二七〇頁参照。
- (44) the Companies Act 1948, s. 102; NORTHEY & LEIGH, op. cit. *supra* note 30, at 309.
- (45) GOWER, op. cit. *supra* note 5, at 488.
- (46) PALMER, op. cit. *supra* note 6, at 490 and 520; TOPHAM and IVAMY, op. cit. *supra* note 7, at 328—329.
- (47) FRESHFIELDS, op. cit. *supra* note 10, at 9.
- (48) *ibid.*; GOWER, op. cit. *supra* note 5, at 488.
- (49) FRESHFIELDS, op. cit. *supra* note 10, at 10; GOWER, op. cit. *supra* note 5, at 488.
- (50) *Id.* at 489.
- (51) the Companies Act 1948, s. 369(1); FRESHFIELDS, op. cit. *supra* note 10, at 10.
- (52) the Companies Act 1948, s. 319(1)a.
- (53) the Companies Act 1948, ss. 319(4), (5) and (6).

(ト) 清算

収益管理人が任命されたときは、一般的に会社が支払不能になったことを意味し、⁽⁵⁴⁾この場合、会社は清算⁽⁵⁵⁾(Liquidation)を行なう。清算人 (liquidator) は裁判所によって任命されるのであり、⁽⁵⁶⁾彼の地位はその任命によって初めて発生し、会社との間に受託者的な関係を生ずる代理人であることから、ときに清算人は会社の受託者であるといわ

れる。⁽⁵⁷⁾ 清算人の職務は、会社が有する債権の取立・無担保債権者への弁済・株主 (shareholders) への残余財産の分配等を行ない会社の営業を終えることである。⁽⁵⁸⁾

解散 (winding up) による収益管理人の選任がある場合であっても、解散に基づく清算については、収益管理人の他に清算人が任命せられる。会社の総財産が浮動担保の目的物となっている場合、収益管理人が担保の目的物である総財産の管理を行ない、さらに彼が営業全体についての Manager でもある場合には、清算人は収益管理人の職務が完了するまで事実上、活動は一時停止させられるのである。なぜならば、資産を売却したり営業を継続したりする権能を有しているのは、清算人ではなく収益管理人であるからである。

支払不能に陥った清算のときは、裁判所によって破産債権者による破産管財人の事務執行を監査するための委員会 (Committee of Inspection)⁽⁵⁹⁾ が任命されるのであり、構成メンバーは債権者と株主の代表者である。この場合、清算人は職務執行につき Committee of Inspection に通知・協議をしなければならない。

収益管理人は会社がさらに債務を負う場合には、事前に裁判所あるいは清算人の承諾が必要であり、さらに彼の活動については清算人に報告しなければならない。収益管理人が職務を遂行したのち、清算人は会社の清算を完了するために介入するのである。そして清算人は、清算事務が終了したならば会社財産の処分方法を示した計算書を作成して株主総会に提出しなければならない。⁽⁶⁰⁾

(54) the Companies Act 1948, s. 223.

- (55) See, GOWER, *op. cit.* *supra* note 5, at 719. イギリスでは、日本のように解散と清算とを概念的に区別せず、清算 (*winding up, liquidation*) という概念のなかに両者を含んでいる。
- (56) the Companies Act 1948, ss. 218—.
- (57) NORTHEY & LEIGH, *op. cit.* *supra* note 30, at 382; *L.R. Comrs v. Olive Mill, Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 130.
- (58) See, the Companies Act 1948, ss. 301—; NORTHEY & LEIGH, *op. cit.* *supra* note 30, at 379.
- (59) See, the Companies Act 1948, s. 253; CHARLESWORTH & GAIN, *op. cit.* *supra* note 7, at 564 and 619.
- (60) FRUSHFIELDS, *op. cit.* *supra* note 10, at 10—11. 小町谷・イギリス会社法概説 五〇七頁。

(F) 小結

浮動担保は、巨額な資金を借りる場合において、高度でかつ実用的しかも有効的な担保であり、さらに借り主・貸し主の双方にとって共に魅力的な担保であるといえる。

つまり借り主にとっては、

- (1) 企業そのものを担保の客体とすることができることから、会社はより多くの資金を得ることができること
- (2) 浮動担保を設定する手続きは簡略であり、費用も安いこと
- (3) 担保が結晶するまでは、会社の営業活動を麻痺させることなく営利を追求することができること
- (4) 会社に特定担保の客体となるべき財産が僅かであっても、浮動担保を利用することによって（企業自体を担保の客体とする）資金調達が可能であること

貸し主にとっては、

(1) 企業経営が危険な状態に陥った場合には浮動担保を結晶させる（特定担保に換える）ことによって、担保価値を十分に把握できること

(2) 浮動担保が実行される場合においても、企業を即座に分解することなくゴーイング・コンサーンとして会社を売却する⁽⁶¹⁾、あるいは更生させてその収益から債権の満足を得ることができること

浮動担保は右のような利点もあるが、次のような貸し主にとって不利益な場合もある。

(1) 借り主が営業と資産を支配し続けているということは、不誠実な借り主が浮動担保の制限を破ることによって貸し主を欺くことができること

(2) 浮動担保権者は一般の債権者には優先するが、特定担保権者には劣後すること

(3) 連合王国 (the United Kingdom) 以外に存する会社の資産に対して浮動担保を実施することが困難であること⁽⁶²⁾

そこでイギリスにおいては、浮動担保は、このように進歩した浮動担保の理論を支えるに十分な連合王国に存する信用ある産業そして誠実さが公認されている企業の資金調達に主に用いられているのが実状である。⁽⁶³⁾

(61) これを「社会経済上有意義でもある」という指摘がされているが（黄「イギリス浮動担保に関する研究」一七〇頁）、その点もあろうが寧ろ債権者・債務者間の信義を重んずる相互信頼に基づくイギリスの伝統的な観念によるものと思われる。

(62) PALMER, op. cit. supra note 6, at 458; *In re Anchor Line* (Henderson Brothers) Ltd., [1937] Ch. 483 at 487.

(63) FRESHFIELDS, op. cit. supra note 10, at 12.

三 企業担保法の問題点

大陸法系に属するわが国において英米法系の法律・制度を導入することには種々の難問が存したのであった。そこで識者は、「財団担保から浮動担保へ」そして「浮動担保から企業担保へ」と唱えて、企業担保法への途を開いたのである。そこには、一物一権主義の崩壊・近代抵当権の特質の一つとされる特定性の止揚等法律的には正に驚くべき点が多く存する。⁽¹⁾さらに両国における経済事情そして国民性の違いなどから、同法の運用に際して識者は、慎重な態度を望んだのであった。その慎重な態度すなわち運用にあたり、企業担保権の被担保債権が社債である^(企業担保法一条一項)ことから、受託銀行がそのリーダーシップをとってきたことは前述の如くであるが、その反面、企業担保法の本質・機能もイギリス浮動担保に比べて遙かにスケールの小さなものになっていることは否めないことであろう。そこで企業担保法制定に際して問題とされた点⁽²⁾を中心に再検討して今後の企業担保法の方向性を探りたい。

- (1) 民法における物権及び担保物権と企業担保法とを比較したものとしては、水島・特殊担保法要義 二〇三頁以下参照。
- (2) 企業担保法制定に際して多くの問題点が指摘された。水島廣雄「企業担保法案について―イギリス浮動担保より観て―」(『法学新報六二巻上―三三号(昭和二七年)』)特殊担保法要義 一五一頁以下所収)、同「企業担保法案の批判―特に英国浮動担保との比較に於て―」(『税経通信一〇巻一号(昭和三〇年)』)、香川保一「新しい企業担保制度の創設について―いわゆる一般担保法案の立案の理由とその問題点―」(『ジュリスト五三三号(昭和二九年)』)、矢沢惇「企業担保制度について」(『金融法務事情二八号・三〇号(昭和二九年)』)、川出千速「企業担保法制定とその問題点」(『商事法務研究四〇号(昭和三十一年)』)。

鈴木竹雄「香川保一」我妻栄「堀内仁」増田謙一「兼子一」企業担保法の基本問題」ジュリスト一二六号（昭和三二年）、大坂谷公雄「企業担保権の構造について」商事法務研究七八号（昭和三二年）、加藤一郎「企業担保法案の問題点」法律時報三〇巻五号（昭和三三年）など。

（イ） 企業担保法を適用しうるもの

企業担保法のねらいは、当初においては日本製鉄株式会社法が所謂ゼネモを認めていたが（当時社債については、昭和一〇年頃の社債浄化運動の結果として、社債権者保護のため必ず物的担保が必要であった）、日本製鉄がその後八幡・富士に解体された結果、ゼネモをやめて財団抵当制度を利用せざるをえないことになったので、その不便を何らかの方法によって補うことができないかというところから出発したのであるが、その後、かような問題から離れたもっと一般的な法律として考えられるようになったのである。

それでは何故に、現行企業担保法において企業担保権の適用が「株式会社⁽³⁾」となったのであろうか。

企業担保というからには、企業の中には個人企業から超大企業までを含むわけであるが、個人企業は単なる個人の固有財産と企業財産との区別がはっきりとしないこと、合資・合名・有限の各会社なども企業の担い手の比重が重くいわば主観的な色彩が強いものであること、それに比べて株式会社は一般的に企業の所有と経営の分離が行なわれており、企業自体の独立性あるいは客観性が強いのである。そこで企業を担保とする即ち客体が企業そのものであることから、客観的にみて企業そのものが企業主体から分離・独立している株式会社に限定されたのである。さらにわが

国の伝統的担保制度と相当性格の異った全く新しい担保制度を導入することとも相俟って、需要資金の巨額性として長期性という点に鑑みて、制定当時において利用希望の多い株式会社にまず認めたのである。

次に株式会社の中までも、さらに限定した理由は何故であろうか（現行法においては社債発行会社に限っている⁽⁴⁾）。株式会社といっても個人企業と同様なものからいろいろあるので資本金によってさらに限定しよう（これは、企業担保権の効力と相關的になつてゐる）という考え方も存した。しかし資本金の額によって限定するという根拠には、企業担保権の拘束力が従来の特定担保と比べて弱いことから、信用及び財政状態の貧弱な企業にこの制度を利用させることは妥当でないという点であろうが、仮にそうだとしてもこの主張には根拠がないのである⁽⁵⁾。第一に、企業の信用度は資本金の大小によって測定することは不可能であり、現在われわれは巨大な資本金を有する企業が必ずしも信用に値しないことを目のあたりにしている⁽⁶⁾。第二に、債権者たる金融機関が貸付先の信用度を測定して、貸付先を選択すればよいのであつて、そのために貸付先の規模の制限を法律において行なう必要はないのである⁽⁷⁾。それでは社債発行会社という制限は妥当であろうか。社債発行会社となれば、所謂信用度も高くまた株式会社のうちでも大きな企業が対象となるので、まずもって妥当であろうという考え方が強かった。あるいは企業担保の対象会社を財団抵当を付けないくいような超大企業に、または非常に危なっかしいような会社だけを除外した会社を対象会社と、との声もあった。しかし結局会社更生法の運用例からも、当面は株式会社しかも社債発行会社としたのである。

つまり企業担保法適用会社については、同法利用希望の多い株式会社についてまず認め、その利用の実績をみて漸次他の種類の企業に適用を拡大していくことが妥当であり、また会社更生法も同趣旨であることから、差し当って株

式会社について適用するのが妥当であるということから「株式会社」となったのであると言われている。

イギリス浮動担保においては特別法などで設定者の範囲を限定した例もなければ、判例においても制限するものもみあたらない。そこで個人あるいは組合も理論的には浮動担保を設定することは可能であるが、実際上は二つの障害が存することによって会社となっている。会社のうち小規模な会社が利用した例としては、三千ポンド位の会社の例がある。⁽⁸⁾

わが国においては、企業担保権を設定しうるものは、前述の如く担保の客体となる財産（企業）が客観的に判断しうるもの、すなわち株式会社が適当であろう。条文上は社債発行会社となっても、受託銀行会の規準に依っている実情を思うと、さらにその規準を下げる（広げる）ことによって産業界のニーズに応えるべきであろう。金融界は非常に慎重であることは結構なことであるが、産業の育生・発展を願うならば、さらに検討の余地もあろう。中小企業においても同法の適用を受けることができないであろうかという指摘もあるが、⁽⁹⁾「高利貸的な債権者が企業を乗っ取る」あるいは「企業を破壊する」等の虞れが十二分にあるので、制定当初においても中小企業は適用を望まなかったこともあり、現在においても同様の危惧がなきにしもあらずなので、これらの企業については企業担保法の枠外で考慮すべきであろう。⁽¹⁰⁾

(3) 企業担保法一条一項。

(4) 企業担保法一条一項。

(5) 矢沢「企業担保制度について」九頁、一般の借入金、殊に短期の借入金については妥当するかも知れないという指摘がある。

(6) 昭和五九年の一年間においても東京証券上場会社の倒産としては、大沢商会・マミヤ光機・アイデン・リッカー・東京菱和自動車がある。

(7) 加藤「企業担保法案の問題点」二三頁同趣旨。現行では前述の如く受託銀行会が適用企業を決定して運用している。

(8) 水島・香川「英国の金融事情とフローティング・チャージの運営の実情」六三頁。ここでは、個人がフローティングチャージを設定することはいけないという判例が一つあることを指摘している。なお本例は、シングル・ディベントチャーにフローティングチャージを設定して銀行に丸抱えしてもらっている例である。

(9) 伊藤・銀行取引と債権担保 一六五頁。

(10) 執行「企業担保権の行方」二四一頁、理由付けは異なるが方向性は同じである。

(四) 被担保債権の範囲

この問題は前記の問題と関連するところである。なぜならば、企業担保法を対象とする企業（株式会社）をさらに制限するといっても、技術的にも非常に難しいし、かつ合理的な根拠も見出せないのです、そこでむしろ被担保債権を限定することによって、結果的に利用できる企業を制限する方法をとれないだろうかということと、政策的な見地（企業担保を外国資本に利用される、外資のためにこれを使うことが適当かどうかなど）から、原則として社債に限ったのである。しかしさらに、将来ある程度の見通しがつき、あるいは同法が熟してきた場合においては、経済界で必要とされるような債務を逐次被担保債権に入れて行こうということから、法案では、「社債」を原則とし「政令で

定める債務」を加えることで、右趣旨を表わしたのであるが、現行法においては、「社債」のみとなったのである。⁽¹¹⁾

昭和三〇年代における経済事情の下では、社債に限定すべきであったであろう。法律上の理由としては、社債は増資と共に株式会社の長期多額の資金獲得手段であり企業担保のように長期信用付与を前提とする担保制度の被担保債権は社債に限定すべきであること、企業担保を株式会社に限定した権衡上も社債のみに限ることが妥当すること、イギリス浮動担保の沿革にも副うことなどがあげられているが、⁽¹²⁾⁽¹³⁾後者二点においては是認するが、現在の諸事情からは被担保債権の範囲に「借入金」についても考慮の余地があるであろう。法案の段階においても、金融機関においては社債に限るのであれば借入金にも認めるべきではないか、立法者側においても確かに社債だけだというのは果してだけ合理的な理由があるか若干疑問があるが、ただ制限の仕方として、あるいは社債の現在（昭和三〇年前後）の実情を背景にして、社債に限れば当初の滑り出しとしては結果において制限された形になるのではないか、そして社債の現在（昭和三〇年前後）の運用を前提として、しかも形式的には長期設備資金の調達方法として社債は優れている、さらに合理的な説明としては難しいが、社債を企業担保付で発行できるような会社はすべて借入金も企業担保権で出すという意味で、企業担保権付きの社債を発行している会社の借入金に限り認めようという方向にあった。⁽¹⁴⁾産業界においては、社債に限らず広く認め短期借入金についても認めてほしいという要望であった。⁽¹⁵⁾

短期借入金については、企業担保法の性格、特にイギリス浮動担保が長期借入金、特に社債を原則とすること、そして仮に短期借入金を認めたとすると、その結果企業の金融能力に債権者側が著しい制約を加えることとなり、所謂融資の系列化という望ましくない状態が生ずる虞れがあることから、これは除外すべきである。⁽¹⁶⁾

長期借入金については、商法二九七条の制限がないことによって、長期借入金を被担保債権とする場合に社債と異なり発行限度に制約がないことから、金融能力の不当な制約になるという難点が生ずることは否定できない。しかし長期設備資金が社債によらず長期借入金⁽¹⁷⁾の形で調達されているならば、被担保債権の範囲は社債のみでよいが、仮にこのような変態現象でないならば、社債についての実績からみて、商法二九七条の制限等をも考慮して、被担保債権の範囲を長期借入金にも拡張することが適當であろう。しかし金融機関は、一般の借入金と関連して、無担保の債権者は担保を取っているわけではないが、實際は流動資産を見返りとして無担保の融資をしていることを顧慮してか、被担保債権として長期的設備資金を予定するならば担保目的物を固定資産に限定すべきであろうと述べている。⁽¹⁸⁾

(11) 企業担保法一条一項。

(12) 水島「企業担保法案の批判」一三〇頁。

(13) 加藤「企業担保法案の問題点」二三頁、一般債権者は企業担保権者に押さえられることになって非常に不安になる反面、高利貸ないしは外国資本などによる企業の支配の危険も生ずるとして社債以外に認めることに否定的である。

(14) 鈴木他「企業担保法の基本問題」七頁。

(15) 矢沢「企業担保制度について」二八号九頁。

(16) 矢沢「企業担保制度について」二八号九頁。

(17) 矢沢「企業担保制度について」二八号九頁、同趣旨。なお、昭和三〇年頃においては、本来ならば社債にするべき長期の設備資金を社債以外の長期借入金の形で調達している現状に鑑みて、これらの長期借入金についても認めるべきであるという主張がされていた。

(18) 鈴木他「企業担保法の基本問題」八頁以下。

い) 企業担保権の客体

生きた企業、所謂 *going concern* を担保化するということは、企業を構成する個々の財産の担保価値の集合を問題にするのではなく、それによって構成され、しかもそれらの構成物件の価値を超える企業の持つ収益力 (*earning power*) を担保の客体とすることであり、それは具体的には暖簾という無形資産も客体に含むことになるのである。

しかし企業担保権の客体である「総財産」とは、本来企業を構成する総財産よりも制限的に解釈されており、ここにいる「総財産」とは民法に規定する一般の先取特権(民法三〇六条)の対象とせられる「総財産」と同様に解釈されている。具体的には、不動産・動産・債権・用益権・工業所有権(特許権・実用新案権・商標権・意匠権)・鉱業権・漁業権・電話加入権等である。商号・企業特有の技術または熟練・暖簾などは含まれないのである。営業権については直接には含まれないが、実質的には担保価値に含まれると解される。⁽¹⁹⁾

イギリスにおける浮動担保では前記の如く、「生きた企業」そのものを客体としているのである。わが国の企業担保法においては、現行法による強制執行の目的となりうるものが客体となっているのであるが、浮動担保のうまみ(20)を企業担保法に反映させるならば、この脱却こそ必要なことであろう。しかしこのことは実行手続に係属することなので、詳細は後述(丙)企業担保権の実行)に譲る。

(19) 企業担保法四四条二項参照。

(20) わが国と比べて遙かに進んだ企業担保制度を有するイギリスにおいてもオーストラリアにおいても客体の範囲を広げる方向にあり、特にオーストラリアにおいては、浮動担保の結晶後、会社に帰属した財産も浮動担保（正確には固定担保）の目的物になるという判例もある。West Street Properties Pty. Ltd. v. Jamison [1974] 2 N. S. W. L. R. 435. 詳細は、拙稿「企業担保制度の客体」六八頁以下参照。

(二) 重要財産処分の禁止

企業における通常の財産の循環過程を制限しないことは、生きた企業の収益力を担保化するという企業担保権の本質に根ざすものであり、企業の通常の運営過程における財産の処分は、相当の対価をもってなされるのが一般であり、しかもその対価は設定後に取得された財産として当然にこの担保の対象となるのである。つまりこの処分によっても企業の総財産には変動がないばかりか、むしろ増加するのが原則であるから、このことは担保権者にとっても不利にはならないのである。⁽²¹⁾

この原理は、すべて客体の総体性から導かれる理論であって、集合物あるいは企業担保を想定する限りにおいて不可欠な結論であり、そこには集合物の特異な理論——物権確定主義の止揚——が必要となること当然であり、企業担保権には追及的効力が存しないことも当然のことである。⁽²²⁾

わが国企業担保法においても、担保権の客体（目的物）すなわち「総財産」が企業の運営過程において浮游することとは、企業を生きたままの状態において担保化するうえで必要なことであり、この担保制度の特異性を示すもので

ある。⁽²³⁾

この担保目的物である総財産の自由処分について、イギリス浮動担保は担保権者保護のために一定の限界を設けている。すなわち判例では、(a)財産の処分は企業の存続と矛盾しない範囲であること、そして(b)その目的遂行上必要な行為であること、という二点をもって自由処分の限界を表わしており、概ね「会社の営業の通常過程における取引 (dealing in the ordinary course of company's business)」という表現を用いている。⁽²⁴⁾しかし、この ordinary course of business という意義を広く解釈すべきであるという指摘がある。⁽²⁵⁾

それでは重要な財産の譲渡あるいは処分についてはどうかであろうか。

わが国においては法案を作成する段階において、重要な財産の譲渡については裁判上の取消権を認めるとか、重要な財産の譲渡のみならず担保権の設定その他の処分もたとえば企業担保権者の承諾がなければ無効である、さらにはかような財産の範囲を当事者の特約で決めてその処分を制限し企業担保権者の承諾がなければ無効にする等の考えがあったのであるが、⁽²⁶⁾公示方法の問題あるいはあまり特約で行なっていくと実質的には財団抵当と同じような不都合(手続等の煩雑さ)が生じてくるのではないか、ということからけっきょく現行法では、重要財産処分についての規定を設けなかったのである。⁽²⁷⁾このことにより、運用においては特定財産の処分の制限を特約して特定財産を担保留保に徴し、特定財産の担保を併用することが行なわれているのである。⁽²⁸⁾この現象に対して、企業担保を設定しながら個別財産に対しても、このような措置を講ずることは企業担保の本質に反するのではないかとの指摘がある。⁽²⁹⁾

イギリス浮動担保では、前述の如く担保目的物である財産の自由処分については「会社の通常の取引過程における

処分」という基準を設けており、さらに重要財産等については一般的に特約において禁止条項を設けている。つまり特定担保との併用はイギリスにおいては一般的なことであり、それによって本質に反するとの指摘は性急であろう。

それよりも問題となるのは禁止約款(条項)に違反して処分あるいは譲渡された場合ではないであろうか。この場合は企業担保権者の保護と取引の安全の保護(対第三者関係)とを調整することが必要であり、慎重な考慮が望まれる。禁止約款(条項)の効力を第三者に及ぼすためには公示方法がなければ取引の安全を害することになるので、これは賛成しかねる。⁽³¹⁾そこでこのような約款(条項)は、原則として当事者間を拘束しうるに止めて、ただイギリス浮動担保におけるような処分行為前ではその処分の差止を認め、処分行為後においては、無償の取得者あるいは悪意の有償取得者に対してのみ、その禁止約款(条項)を対抗しうるにすぎないものとして、取引の安全を企図すべきであろう。

- (21) 矢沢「企業担保制度について」三〇号八頁。
- (22) 水島「イギリス浮動担保の素描」六〇九頁(特殊担保法要義 四八頁所収)。
- (23) 財団抵当制度においては、財団組成時における構成物件についての登記・登録ならびに新陳代謝に伴う登記・登録の変更が必要であるが、これにおける手続の煩雑さも企業担保法は払拭している。なお民法一三七条は企業担保法には適当さ
れない。
- (24) *In re Florence Land and Public Works Co.*, (1878) 10 Ch. D. 530, 541; *In re Standard Manufacturing Co.*, [1891] 1 Ch. 627; PALMER, *COMPANY LAW* 459 (22th ed. 1976).
- (25) GOWER, *THE PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW* 457—458 (4th ed. 1979).
- (26) 鈴木他「企業担保法の基本問題」九頁。

(27) 大阪谷「企業担保権の構造について」五三頁以下、重要財産の処分等の規定を設けないことに賛成している。法案が、このような規定（重要財産の処分等の規定）を設けたのは、法案がイギリスにおける浮動担保の浮動性を全面的に採用したために担保権者の保護に欠ける結果となることを恐れて、とくに担保権者保護強化のために規定したのであるが、このような客観主義的規定方法を採用するときは、その解釈をめぐって担保権者・設定会社双方に不測の損害を被らせ、ひいては企業担保権取引の不安定を招くから、むしろ当事者の意思表示に重点をおくべきである旨を指摘している。

(28) 秦「財団抵当と企業担保」四五頁。

(29) 秦「財団抵当と企業担保」四六頁。

(30) 水島「イギリス浮動担保の素描」六一五頁（特殊担保法要義 五五頁所収）。

(31) 禁止約款（条項）を公示するとなると、個々の禁止約款（条項）を登記あるいは登録をしなければならず、財団抵当の如く手続ならびに費用等に多くを要することとなり、企業担保法の制定理由の一つが薄れることになる。

(6) 企業担保権の実行

企業担保権の実行は、被担保債権が履行遅滞となったときに企業担保権者の申立によって行なわれること⁽³²⁾から、職権により実行が開始することはない。本法においては被担保債権が社債であることから、(a)社債が期限に弁済されないとき⁽³³⁾（担保附社債信託法八、⁽³⁴⁾）(b)社債発行会社（委託者）が社債の弁済を完了しないで解散したときは、受託会社（受託者）は企業担保権を実行しなければならない⁽³⁵⁾。実行手続の開始があった場合には、企業担保権の客体である会社の総財産の散逸を防ぎ、その調査をし、そして換価する必要がある⁽³⁶⁾ので、これらの職務を行なう者として、実行手続の開始決定と同時に管財人⁽³⁷⁾を選任するのである。なお企業担保権設定会社が破産法による破産手続あるいは会社更生法

による会社更生手続にはいった場合には、企業担保権付社債は「一般の優先権ある債権」として他の無担保債権に優先して、社債権者は弁済を受けることができる。⁽³⁶⁾ なお企業担保権は、破産手続においては別除権とはならないし、会社更生手続においては更生担保権にはならない。⁽³⁸⁾ わが国においては、設定会社そして受託会社等の関係諸機関の努力によってか、この実行手続の開始は行なわれていない。⁽³⁹⁾ これは運用側の努力に依るのであって、法律上の問題点は存しないのであろうか。

法案の段階においては、現行法の一括競売・任意売却の方法（企業担保法三七条）を採らずに強制競売・強制管理という方法が予定されていた。兼子一博士は、大体企業の強制管理という観念は普通の強制執行ではなく鉄道財団のような特別のものにのみあるのであって、一般的に企業の強制管理が可能であるという方針で行なえるものかどうか疑問であると指摘されている。⁽⁴⁰⁾ 因にイギリス浮動担保では、わが国の会社更生法と破産の中間的なものといわれている強制管理があり（強制競売はない）、オーストリアと西ドイツでは鉄道財団の強制管理が認められている。⁽⁴¹⁾ 後者は正に企業の強制管理であるといわれているが、強制管理のみを認めて強制競売を認めないことから、うまく機能していないとの指摘がある。⁽⁴²⁾ 会社の整理あるいは更生は、一定の時期においてその時迄の債務の処理方法を決定そして終了してから、収益金で弁済するというものであるのに対して、強制管理では、債務はそのままの状態にしておいて弁済をしていくという方法をとることから、収益を得たと仮定しても右から左へということでは企業は壊れてしまう虞れがあるので、仮に強制管理中は債務が全て停止するとすれば逆に企業担保権は強すぎるということになるという指摘があり、⁽⁴³⁾ 結局この方法はうまくいかないと示唆している。

右にみたように企業担保の実行は困難な問題である。企業担保権設定後、特定担保を多く設定した場合を例にとるならば、初めは企業全体を有機的なものとして収益をあげる前提で、それを担保化するのであるけれども、実行に至った段階においては個別的な処分をするという本末転倒の結果に陥ってしまうことになる。そこで実行に際しては、アメリカにおける一般担保 (General Mortgage) の実行が会社更生 (reorganization) の一段階にすぎないといわれていることに鑑みて、この旨を有する会社更生法的な考え方を考慮すべきではないかとの指摘もある⁽⁴⁴⁾。

翻って考えてみると、そもそも実行 (競売) とは会社財産を換価処分して債権者に弁済することであるけれども、社債券所持人 (債権者) にとって必要なことは会社の解体あるいは処分ではなく、社債が完済されることではないであらうか。そうであるとするならば、何も会社が社債の元利遅滞等に陥ったからといって直ちに一括競売あるいは任意売却という方法を採用する必要もないのである。さらに企業担保法は前述の如く、担保の客体が「生きた企業」そのものではなく強制執行の目的となりうるものに限定されているのであり、この脱却こそ「企業の担保」につながるのである。「企業の担保」すなわち、担保の客体に会社の undertaking を含むことによって、初めて企業担保法といえるのである。わが国企業担保法はその意味においては「仏作って魂入れず」の感がある。さらにいえば、企業担保権は効力が薄弱な担保といわれているが、そもそもこの担保の実行を考えて社債応募者は企業担保権付社債を購入するのであろうか。否、つねに優先的な一定量の交換価値が把握できることの確保あるいは裏付けが存することで購入しているものと思量される。そこで実行を考える場合も、まずその企業の更生そしてどうしてもうまくいかない場合において初めて競売ということが妥当であらう。イギリス浮動担保においては、浮動担保の客体に会社の undertaking を

含む場合には、その実行手続において通常 Receiver and Manager が任命されるのであり、これによってのみかかる担保の実行はできるのである。⁽⁴⁵⁾ そこでわが国においても Receiver and Manager の制度を導入することにより、逆に担保の客体である「総財産」の拡大つまり事実関係をも包含する企業担保権すなわち「醇化された企業担保」への指向はもとより、実行もうまく機能するものと考ええる。⁽⁴⁶⁾

(32) 企業担保法一条。

(33) 担保附社債信託法八二条一項。

(34) 企業担保法においては、自然人の他に銀行・その他の法人も管財人となることができるが（企業担保法三〇条二項）、イギリスにおいては自然人のみである。但し、この点に関しイギリスでも批難されている。See, the Companies Act 1948, ss. 366 and 367; GOWER, op. cit. supra note 25, at 488.

(35) 企業担保法三〇条一項。

(36) 破産法三九条、会社更生法一五九条一項二号。

(37) 破産法九二条参照。

(38) 会社更生法一二三条参照。

(39) 鈴木禄彌Ⅱ竹内昭夫編・担保、保証 二〇一頁（金融取引法大系五巻）（昭和五九年）。

(40) 鈴木他「企業担保法の基本問題」一三頁。さらに兼子博士は、破産法における不動産の強制管理を例にとられて、不動産として通常の用法で耕作あるいは賃貸するだけで、風呂屋の建物があっても風呂屋の営業の強制管理ではないのと同様に、営業自体の強制管理ではない旨を述べておられる。

(41) 我妻栄・近代法における債権の優越的地位 一八七頁（昭和二八年）。オーストリアにおいては、当事者の自由契約によ

る企業の担保は全く認められていない。

(42) 鈴木他「企業担保法の基本問題」一四頁。

(43) 鈴木他「企業担保法の基本問題」一四頁。

(44) 矢沢「企業担保制度について」三〇号九頁。

(45) 水島「イギリス浮動担保の觀念とその現況」二二頁、Receiver and Manager は会社の再建に努力するがそれに努める年限は短くて二・三年普通は数年であり、長いものには特殊事情もあるが十数年という例もあり、更生率は二〇%ないし二五%である。

(46) 拙稿「企業担保制度の客体」七〇頁。

四 おわりに

企業担保法に現われた民法における一物一権主義の崩壊・物權確定主義の一時止揚は、近代担保物權制度を資本主義經濟の進展を支える法律制度の一環として理解することは、近代抵当制度の本流と反流の調和を發見しようとする枠の中ではとうてい処理することのできないものの現われであり、⁽¹⁾概念法学の一角が実用法学の波にしらずしらずに押されて行く法思潮の流れであるとも言えよう。⁽²⁾

企業担保法に内在する問題点は、イギリス浮動担保のうまみともいふべき点であり、この克服こそ今後の企業担保法に課せられた問題ではないだろうか。イギリス法をわが国にそのまま導入するには、法体系・国民性・經濟事情等あまりにも多くの点において違いがあり、それこそ至難の業であるが、施行後四半世紀を過ぎそして三〇年を迎えよ

うとする現在において、その事情も変ってきたのではないだろうか。そこで運用の側だけに法を任せることなく、進んで企業担保法の本質・機能に関する問題点、すなわち企業担保権の客体である「総財産」の範囲・被担保債権に長期借入金を含めること・重要財産処分禁止として企業担保の本質と密接な実行について考慮する必要がある。同法の運用においては、イギリス浮動担保は衡平法上の担保であり、これを社債の担保とし、そこへ信託の法理を利用したものであるという点、すなわちイギリス国民の重厚にして信用を重んずる特質を生かして行くべきではないだろうか。

企業担保法を論ずる場合においても衡平法的な考え方が必要であることの他に、被担保債権が社債であることから、運用面の問題点を企業担保法の本質・機能として論じたり、あるいは運用面からの弊害を機能面において解決しようという指摘もあるが、確かに運用がなされてこそ機能が活かされるのではあるが、それでは問題点を複雑かつ不明なものとしてしまう虞れが生じうるので、運用面と本質・機能面という二つに分けて同法を考察する必要があると思われる。具体的には、運用面においては産業界のニーズに金融界がどれだけ応えることができるかが今後の課題であり、本質・機能面においては前述の問題点が克服されることにより、企業担保法は無担保社債に席を譲ることなく、さらにその効力を発揮することであろう。

(1) 我妻・担保物権法 五頁。

(2) 水島「イギリス浮動担保の素描」六四四頁（特殊担保法要義 八五頁所収）。